

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ANÁLISIS DE LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA INMOBILIARIA CON RELACIÓN AL PRECIO QUE SE PAGA CON CHEQUE Y OTROS SUPUESTOS(*) (1483)

ROQUELINA B. HERNÁNDEZ y MARTA E. GOLDFARB

SUMARIO

a) Caso en que se documenta que el precio se paga con cheque. - 1) Naturaleza jurídica del cheque. - 2) Cheque certificado. - 3) Problemas notariales. - b) Caso de precio diferido documentado con pagarés. - c) Caso en que no consta en la escritura la expresión según la cual el vendedor transfiere al comprador el dominio del inmueble. - d) Caso en que se transfiere la tradición del bien. - 1) Evolución histórica de la tradición.

a) Caso en que se documenta que el precio se paga con cheque

Es muy frecuente observar en nuestras escribanías que en las operaciones inmobiliarias de elevado monto, y aún en aquellas que no lo son, el comprador traiga un cheque certificado para pagar el precio y el vendedor lo acepte.

Nos encontramos así frente al gran problema que nos plantea el artículo 1323 del Código Civil, que al definir la compraventa establece que "habrá compraventa cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero".

Indudablemente la doctrina de los autores no es pacífica a este respecto y hay quienes se inclinan por admitir el cheque como medio de pago, y otros, por el contrario, niegan la posibilidad de hacerlo.

Hay quienes argumentan, como el escribano Osvaldo Solari, que el Código Civil sólo exige para que haya contrato de compraventa que una de las partes se "obligue" a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se "obligue" a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero. No es necesario que se pague, basta que se obligue a pagar.

Por otra parte, argumentan, los requisitos del precio cierto y en dinero, se cumplen, dado que al pactarse la compraventa, las partes fijan el precio en una suma de dinero, lo que no obsta a que en el momento de pagar lo sustituyan por otra cosa, como puede ser un cheque.

En este sentido también se expiden Borda, Segovia, Machado, Garo y Acuña Anzorena.

Es cierto que esta argumentación se ve clara en los casos en que el contrato de compraventa (boleto) y la tradición y pago del precio son dos actos separados. Pero cuando la escritura de venta, por diversas razones, es el negocio jurídico, coinciden los dos momentos, y las cosas cambian, porque allí debe hacerse el pago, y aparecen los problemas derivados del artículo 1323 del Código Civil.

Creemos que debemos analizar cuál es la naturaleza jurídica del cheque y si podemos asimilarlo al dinero efectivo, para encontrar la solución de este problema.

1) Naturaleza jurídica del cheque

El decreto - ley 4776/63, configura el cheque como una orden de pago pura y simple librada contra un Banco.

Dentro de las opiniones más difundidas sobre su naturaleza encontramos las siguientes:

a) Algunos lo consideran como una cesión de crédito contra el Banco girado que el librador hace a favor del tenedor. Teoría que predominaba en Francia pero que fue combatida con distintos argumentos.

b) Otros autores han creído explicar su naturaleza jurídica con la idea de un contrato a favor de terceros, celebrado entre el librador y el girado. Pero esta teoría también fue combatida por cuanto la obligación del Banco de pagar al legítimo portador es simplemente la prestación de un servicio asumido en interés exclusivo del librador.

c) Otra teoría considera que el Banco, en este caso el girado, actuaría como mandatario - representante del librador.

d) Entre las teorías que más aceptación han tenido encontramos la que considera al cheque como una "delegación de pago", pura, sobre una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deuda, temporalmente irrevocable, que importa una orden de pago dirigida al delegado (Banco girado) y una autorización de cobro dirigida al legítimo portador (delegatario).

En efecto, en la emisión y negociación normal de un cheque intervienen tres personas: el librador (delegante), el girado (delegado) y el legítimo portador (delegatario).

Entre el librador y el girado existe una relación contractual preexistente (cuenta corriente bancaria) sobre la cual la ley permite librar cheques.

Debe tenerse presente que el cheque no sólo contiene una orden de pago dirigida al girado sino que además importa la promesa dirigida por el librador al portador de pagar la suma indicada en el documento.

2) Cheque certificado

La certificación de un cheque es una declaración hecha por el Banco girado mediante la cual éste hace saber que el cheque en el que ha sido puesta tiene suficiente provisión de fondos, y que, por consiguiente, será pagado a su presentación con los fondos afectados dentro del plazo fijado para la vigencia de la certificación.

Dicha declaración no es un aval, pues el Banco no se constituye en garante del pago sino que hace saber que pagará con fondos depositados por el librador o con el crédito abierto en cuenta corriente a su favor.

Claro está que si su declaración fuese inexacta o errónea, lo mismo quedará obligado al pago.

La certificación no extingue la obligación del librador, que sigue respondiendo frente a la imposibilidad de pago del Banco girado, y también durante toda la vida útil del cheque, después de vencido el término de la certificación.

La certificación es irrevocable como lo es el cheque en el cual se inserta. El artículo 48 del decreto - ley se limitó a decir que la certificación tiene por efectos establecer la existencia de fondos e impedir su retiro por el librador durante el término convenido.

Con el fin de completar el régimen del decreto - ley y sobre la base de un proyecto del diputado Emilio Jofré se sancionó la ley 16613 que introdujo como apartado segundo del artículo 48, el siguiente precepto: "El importe así debitado quedará reservado para ser entregado a quien corresponda y sustraído a todas las contingencias que provengan de la persona o solvencia del librador, de modo que su muerte, incapacidad, quiebra, concurso civil o embargo, posterior a la certificación, no afectan a la provisión de fondos certificada, ni el derecho del tenedor del cheque ni la correlativa obligación del Banco de hacerlo efectivo cuando sea presentado al cobro".

Al ser debitado en la cuenta del librador el importe queda reservado para el pago del cheque y sustraído a todas las contingencias que provengan de la persona o de la solvencia de aquél, lo que se explica porque, siendo el libramiento de un cheque un acto de disposición de fondos, no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tiene por qué ser afectado por hechos posteriores al momento de su emisión. De modo que el pago mediante cheque certificado se acerca más al pago en dinero efectivo.

Puede plantearse el problema de saber si el Banco habrá de certificar un cheque librado por un cliente que, con posterioridad a la fecha de su emisión pero con anterioridad a la certificación, ha sido declarado incapaz o ha caído en quiebra o concurso.

Dado que el Banco no está obligado, sino simplemente facultado para certificar cheques, quedará librado a su prudencia el hacer o no uso de tal facultad. Supuesto que el Banco hubiese certificado un cheque en esas condiciones, quedará obligado a su pago, y la certificación producirá todos sus efectos.

El embargo judicial de fondos posterior a la fecha de la certificación tampoco afectará el derecho del tenedor ni la correlativa obligación del Banco girado, y el pago del cheque será perfectamente válido.

3) Problemas notariales

1) La naturaleza jurídica del cheque certificado, según lo analizamos anteriormente, no modifica su condición de orden de pago y por lo tanto no puede considerarse dinero efectivo a pesar de que se acerca bastante a él.

2) ¿Qué actitud asume el escribano en la redacción de la escritura? Si pone que el precio se abona en su presencia, en dinero efectivo cuando en realidad se hace con un cheque certificado, estará falseando la verdad y cualquier problema que se plantee con el pago del cheque, dado que puede haber alguno, se necesitará una acción de redargución de falsedad para demostrar que el pago se hizo con cheque.

Si en la redacción de la escritura se pone que el precio se paga con un cheque certificado, será indispensable la constancia posterior de que el cheque fue cobrado, para que el título no sea observable.

3) ¿Es factible dar recibo de pago en la escritura cuando se pagó con un cheque certificado? Aun con todas las garantías que puede ofrecer en la actualidad el uso de este cheque, no creemos que el recibo de pago pueda darse hasta haber cobrado el cheque.

El tema es indudablemente complejo, y creemos que sería una solución que en nuestra legislación civil se admitiera el uso del cheque certificado como medio de extinguir las obligaciones que deben pagarse en dinero.

b) Caso de precio diferido documentado con pagarés

Nada impide que el precio en la compraventa sea pagado en cuotas, esté garantizado o no con hipoteca, y no hay tampoco inconvenientes en que se suscriban pagarés por las cantidades que deben pagarse en cada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuota, por cuanto de la escritura cancelatoria del crédito resultará tácitamente que los pagarés se hicieron efectivos.

Aun en el caso de que no haya hipoteca por el saldo de precio, ni se hayan suscriptos pagarés, recordemos que el vendedor goza del privilegio que le acuerda el artículo 3924 del Código Civil, que establece: "El vendedor de un inmueble no pagado, aunque hubiese hecho tradición de él, haya dado término para el pago o fiándose de otra manera en el comprador, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble mientras se halle en poder del deudor...".

El uso del pagaré hipotecario no ha logrado la difusión que debería tener, pese a sus ventajas.

Sin embargo, constituye una realidad cuya vigencia no se puede ignorar en algunas provincias, como Mendoza.

La hipoteca puede constituirse al mismo tiempo que se firman los pagarés, o con posterioridad para garantizarlos, pero para que ellos se reputen hipotecarios es necesario que los mismos se hallen inscriptos.

Al dorso del documento deben llevar una nota firmada por el escribano autorizante, donde se deje constancia de la fecha de la escritura y demás datos de la misma, aunque nuestro Código específicamente no lo determine pero sí lo hace el Código de Luisiana, inspirador del nuestro en esa parte.

Los problemas que se plantean son con respecto a la circulación de los mismos. Algunos la sujetan al derecho civil y por ende sostienen que deben transmitirse como una cesión de derechos. La doctrina germana defiende esta tesis.

En nuestro país los pagarés hipotecarios circulan por vía de endoso transmitiendo todos los derechos resultantes, entre los cuales se encuentra el derecho real de hipoteca que los garantiza. Sin embargo, hay quienes sostienen que lo que se transmite por el endoso es el crédito y no la garantía hipotecaria.

Nuestra jurisprudencia, por su parte, se ha pronunciado en el sentido de que el endoso importa la transferencia del crédito documentado y la de todos los derechos de garantía y modalidades que acompañan la obligación, entre ellas, la cláusula de caducidad de los plazos pactada en la escritura de hipoteca. Y además, en el caso de que el deudor no satisfaga alguna de las cuotas documentadas a sus respectivos vencimientos, faculta al acreedor a reclamar la totalidad de los saldos impagos (Jurisprudencia Argentina, tomo VI, 1967, fallo 744 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza).

La ventaja que presentan los pagarés hipotecarios para la cancelación del gravamen sería que el deudor, una vez abonados todos los documentos, no necesitaría del acreedor, bastando la presentación de los documentos para la cancelación respectiva.

Sin embargo, algunos autores entienden que por aplicación del artículo 3201 del Código Civil, el anotador debe exigir o una orden del juez o la presentación de un instrumento público para la cancelación, actitud

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asumida también por los Registros de la Propiedad.

En la VII Jornada Notarial Bonaerense se presentaron algunas ventajas e inconvenientes de la utilización de los pagarés hipotecarios.

En primer lugar el pagaré hipotecario proporciona todas las ventajas derivadas de su condición de título de crédito y del privilegio y derechos inherentes a la garantía real.

No obstante ello, su utilización presenta inconvenientes, tales como la independencia de la obligación cartular con respecto al negocio causal que le dio origen; la dificultad para conocer el tenedor cuando se desea cancelar anticipadamente el crédito; mayor responsabilidad del endosante a la que se halla expuesto el cedente; inconvenientes para la citación de los acreedores que han adquirido la propiedad del pagaré por endoso en blanco; prescripción de las acciones en el término fijado por el artículo 848, inciso 2º del Código de Comercio.

Además, los Registros de la Propiedad suelen oponerse a la inscripción de los endosos o exigir requisitos para la cancelación.

Por ello sería aconsejable modificar los procedimientos registrales, a tono con la teoría de los títulos de crédito.

c) Caso en que no consta en la escritura la expresión según la cual el vendedor transfiere al comprador el dominio del inmueble

d) Caso en que se difiere la tradición del bien

El artículo 2506 del Código Civil define al dominio diciendo que es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona. Según lo caracterizaba Freitas en el artículo 4071 del Esboço, es un derecho de propiedad sobre cosas.

Si bien el codificador utiliza el vocablo propiedad, debe entenderse que ésta es una expresión genérica y que dominio es la específica.

De esto se desprende que el dominio se refiere a: a) objetos corporales, en el sentido del artículo 2311; b) cosas singulares, descartando las universalidades tanto de hecho como de derecho; c) las cosas íntegras, de manera que no se dirige a una parte del objeto sino a todo; d) a las cosas específicamente determinadas: esto es a las cosas ciertas.

En consecuencia podemos decir que el dominio es el derecho real por excelencia que comprende todas las demás facultades sobre la cosa, las cuales no vienen a ser más que aspectos o desmembraciones de aquél.

Es frecuente el empleo de las palabras propiedad y dominio como sinónimos ya que los mismos han sido considerados así desde la época romana y los glosadores. No obstante esto, dentro del lenguaje jurídico la palabra dominio se utiliza para el derecho real, y el vocablo propiedad a todo género de derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir a los bienes.

Fuente de nuestro artículo es Aubry y Rau, según así lo expresa Vélez en su nota al artículo. Manifiestan que "la propiedad en el sentido correcto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la palabra nos da la idea del poder jurídico más completo de una persona sobre una cosa" y la definen como "El derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona".

El dominio abarca los siguientes derechos: a) ius possidendi (derecho de poseer); b) ius utendi (derecho de usar); c) ius fruendi (derecho de gozar); y d) ius abutendi (derecho a disponer de la cosa para consumirla, enajenarla o gravarla).

El artículo 2524 del Código Civil enuncia los medios para adquirir el dominio y dice que éste se adquiere por: 1° Por la apropiación; 2° Por la especificación; 3° Por la accesión; 4° Por la tradición; 5° Por la percepción de los frutos; 6° Por la sucesión en los derechos del propietario; y 7° Por la prescripción.

Nos referiremos ahora a la tradición como medio para adquirir el dominio.

El artículo 677 del Código Civil dispone que "antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real". Con este principio se aparta nuestra ley del Código francés, conforme al cual el acuerdo de los interesados es suficiente para operar el traspaso de la propiedad.

Corresponde observar, sin embargo, que dicho principio reconoce excepciones como en las transmisiones mortis causa, en la constitución del derecho real de hipoteca y en la prenda con registro. La tradición brevi manu y el constituto posesorio también son, en cierto modo, excepciones al principio, pues la transmisión de la posesión no se traduce en actos exteriores.

La tradición o entrega de la posesión es así en nuestro derecho un requisito indispensable para la transmisión de derechos reales. Aun faltando la escritura pública, la tradición importa un principio de ejecución del contrato y priva al vendedor de la facultad de desistir de la operación (fallo de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, La Ley, 18/9/60) . Por eso encontramos que en la compraventa, dominio y tradición están íntimamente ligados. Sin la tradición no hay derecho real de dominio.

Se ha declarado que no supe la tradición la declaración en la escritura, del transmitente, de que transfiere todos los derechos de propiedad y posesión al adquirente (Jurisprudencia Argentina, 1953, t. III, pág. 80).

En consecuencia, consideramos que la falta de expresión en la escritura de compraventa de que el vendedor transfiere al comprador el dominio del inmueble, no afecta el contrato de compraventa, ni el derecho real de dominio que se adquiere por la tradición.

1) Evolución histórica de la tradición

En el primitivo derecho romano existían dos tipos o modos de actos traslativos, la mancipatio y la in iure cessio. Eran actos puramente formales que servían para adquirir la propiedad de las res mancipi.

Posteriormente, en el derecho justinianeo y con la transformación de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

poblaciones y su crecimiento comercial aparecen nuevas formas negociales, y con ellas los contratos consensuales como el de compraventa, en los que la voluntad y la causa son tomados en cuenta.

Pero esos contratos de finalidad traslativa no provocan por sí el traspaso sino que necesitan, además, de un acto de transferencia, que fue la traditio.

En este nuevo sistema transmisorio hay que distinguir tres elementos: a) la traditio o entrega de la cosa no era un acto de simple entrega material de la posesión. sino que implicaba intención volitiva. o sea un *ánimus de traspaso*; b) la causa jurídica o acuerdo entre las partes acerca del traspaso del poder jurídico sobre la cosa entregada que se apoyaba en una causa *solvendi, credendi, donandi, etc.*; c) el nexo causal, que era la relación que guardaban entre sí los dos elementos anteriores.

Desaparecido el feudalismo prevalecen en Europa dos sistemas fundamentales para la transmisión inmobiliaria, el romano y el germánico. Para el primero era suficiente la concurrencia de dos recaudos en la transmisión de la propiedad: el acuerdo de voluntades emanado de un negocio jurídicamente apto, "el título", y la tradición, "el modo".

En Francia el proceso de espiritualización de la tradición desembocó finalmente en la solución del Código Napoleón, según la cual la propiedad podía transmitirse y adquirirse por el simple acuerdo de voluntades, prescindiendo de la tradición como recaudo modal.

El derecho germánico, por su parte, a diferencia del romano, desde un principio consideró necesaria la intervención del Estado en la transmisión del dominio sobre inmuebles.

La posesión u objeto de la tradición está definido por el artículo 2351 del Código Civil que la define "cuando alguna persona por sí o por otra, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".

En general, puede afirmarse que la posesión es el poder que ejerce una persona sobre una cosa en virtud de un derecho real, o el que se ejerce de hecho, en forma tal que se excluya al titular.

La posesión puede adquirirse por medios unilaterales y bilaterales, según que el poder sobre la cosa se reciba del actual poseedor o el poder se tome por propio imperio. El medio bilateral típico es la tradición y el medio unilateral típico es la aprehensión u ocupación.

Volviendo entonces a la tradición, el artículo 2377 del Código Civil establece que "habrá tradición cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa y la otra voluntariamente la recibiese".

No sería quizás exacto decir que la tradición es un acto jurídico formal en el sentido técnico del concepto. El artículo siguiente establece: "La tradición se juzgará hecha cuando se hiciere según alguna de las formas autorizadas por este Código".

La sola declaración del tradente de darse por desposeído o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales. Es decir, que nuestro Código ha erigido a la tradición como medio de publicidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los derechos reales.

Algunos fallos de nuestros tribunales, sin embargo, han decidido que entre las partes debe considerarse operada la tradición cuando el adquirente declara en la escritura pública que se encuentra en posesión de la cosa adquirida (Jurisprudencia Argentina, t. 66, pág. 69; t. 60, pág. 941; t. 64, pág. 682).

En cuanto a la forma de realizar la tradición, el artículo 2379 determina que puede hacerse "por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe con asentimiento del que lo entrega". Lo cual deja librado a la apreciación de los jueces el determinar de qué actos materiales se trata. Continúa nuestro Código en el artículo 2380 estableciendo que "puede también hacerse la tradición de los inmuebles, desistiendo el poseedor de la posesión que tenía y ejerciendo el adquirente actos posesorios en el inmueble en presencia de él y sin oposición alguna".

La presencia del transmitente puede obviarse, ya que lo que importa es que el transmitente desista de la posesión que tenía y que el adquirente la tome sin oposición, pacíficamente. Es la llamada "posesión vacua".

De esto resulta que el artículo 2383 establezca que para realizarse la tradición "es necesario que el inmueble esté libre de toda otra posesión, y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome". Se entiende que el contradictor en este caso tendría que estar en la tenencia de la cosa.

Tratándose de inmuebles desocupados, los actos materiales de entrega y recepción consisten generalmente en la entrega de las llaves, que puede efectuarse dentro o fuera del mismo inmueble.

Sin embargo, el doctor López Olaciregui considera que el hecho de que la ley sólo exija escritura pública como forma del contrato y no la exija para la tradición, no impide que si se quiere otorgar una venta inmobiliaria en condiciones que brinde a ambas partes una total certeza sobre sus respectivos intereses, es necesario que también la tradición se efectúe ante escribano público constituido en el inmueble que se enajena y cada uno de los momentos integrativos de la escritura se realizaren allí. Cualquier otra medida adoptada habrá implicado un cierto riesgo a una u otra de las partes.

La tradición no afecta la perfección del contrato causal, sino su consumación, de modo que en caso de que se difiera la tradición del inmueble, el contrato de compraventa estará concertado en los términos del artículo 1323, y dado el cumplimiento del artículo 1184, inciso 1º, habrá concluido como contrato, pero el nuevo titular no habrá adquirido el dominio del bien.

Esa incompletividad de la constitución dominial no será subsanada por la inscripción registral.

El comprador dispone de una acción contra el vendedor para obtener la efectiva entrega de la cosa, o bien pedir la resolución del contrato, según lo establece el artículo 1412 del Código Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal